

## Jurisprudencia

# Reseña jurisprudencial-septiembre 2016

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

#### SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Asunto C-168/15] DE 28 DE JULIO DE 2016.

*Consumidores y usuarios: cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.- Responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del Derecho de la Unión. Los particulares perjudicados tienen un derecho a la reparación del perjuicio sufrido siempre que se cumplan tres requisitos: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares.*

<<La Sra. Tomášová es una jubilada cuyos únicos ingresos consisten en una pensión de un importe de 347 euros. En 2007, celebró un contrato de crédito al consumo con Pohotovost' de quien recibió un préstamo de 232 euros.

Dicho contrato se celebró en forma de un contrato de adhesión que preveía una cláusula de arbitraje que atribuía competencia exclusiva para la resolución de los litigios contractuales a un tribunal arbitral cuya sede se hallaba a más de 400 kilómetros del domicilio de la Sra. Tomášová. Por otro lado, según dicho contrato, el tipo de los intereses de demora era del 91,25 % anual. Además, el contrato controvertido no indicaba la tasa anual equivalente aplicable.

Dado que la Sra. Tomášová incurrió en mora en el reembolso del crédito y no pudo abonar los intereses de demora devengados, contrató otro préstamo por 232,36 euros con Pohotovost'.

Mediante resoluciones de 9 de abril y de 15 de mayo de 2008 del Stály rozhodcovský súd (Tribunal Permanente de Arbitraje, Eslovaquia), la Sra. Tomášová fue condenada a abonar a Pohotovost' varios importes por no haber devuelto

los créditos en cuestión, más los intereses de demora y las costas del procedimiento.

Después de que estas resoluciones adquirieran carácter firme y ejecutivo, Pohotovost' presentó, el 13 y el 27 de octubre de 2008, demandas de ejecución ante el Okresný súd Prešov (Tribunal de Distrito de Prešov, Eslovaquia), que éste estimó mediante resoluciones fechadas los días 15 y 16 de diciembre de 2008.

Según la resolución de remisión, los procedimientos de ejecución de que se trata se hallaban todavía en curso en el momento de plantear la presente petición de decisión prejudicial.

El 9 de julio de 2010, la Sra. Tomášová presentó una demanda contra el Ministerio de Justicia de la República Eslovaca solicitando una indemnización por un importe de 2.000 euros por los perjuicios derivados, según su alegación, de una vulneración del Derecho de la Unión por el Okresný súd Prešov (Tribunal de Distrito de Prešov, Eslovaquia) debido a que, en el marco de dichos procedimientos, el citado órgano jurisdiccional estimó demandas de ejecución de resoluciones dictadas con fundamento en una cláusula de arbitraje abusiva y que tenían por objeto el cobro de créditos determinados en aplicación de una cláusula abusiva.

Mediante sentencia de 22 de octubre 2010, el Okresný súd Prešov (Tribunal de Distrito de Prešov) desestimó la demanda de la Sra. Tomášová por infundada, al considerar que ésta no había utilizado todas las vías de recurso de que disponía, que los procedimientos de ejecución en cuestión no habían concluido todavía de forma definitiva y que, por consiguiente, aún no era posible considerar producido el daño alegado, de suerte que dicha demanda había sido presentada de forma prematura.

La Sra. Tomášová recurrió en apelación esta sentencia.

Mediante decisión de 31 de enero de 2012, el Krajský súd Prešove (Tribunal Regional de Prešov, Eslovaquia) anuló dicha sentencia y devolvió los autos al Okresný súd Prešov (Tribunal de Distrito de Prešov).

En estas circunstancias, el Okresný súd Prešov (Tribunal de Distrito de Prešov) decidió suspender el procedimiento y

plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Constituye una grave violación del Derecho de la Unión Europea el hecho de que, de forma contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un procedimiento ejecutivo incoado sobre la base de un laudo arbitral, se exija una cantidad derivada de una cláusula abusiva?

2) ¿Puede nacer la responsabilidad de un Estado miembro por violación del Derecho de la Unión antes de que la parte en el procedimiento agote todas las vías jurídicas de que dispone en el marco de un procedimiento de ejecución de una decisión de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado miembro? Habida cuenta de los hechos del asunto, ¿puede nacer dicha responsabilidad del Estado miembro, en tal caso, antes de que haya finalizado el procedimiento de ejecución de una resolución y antes de que la recurrente haya agotado todas las vías para exigir la devolución de lo cobrado indebidamente?

3) En caso de respuesta afirmativa, ¿constituye una violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada la actuación de un órgano como la descrita por la recurrente, habida cuenta de las circunstancias del caso de autos, en particular de la absoluta pasividad de la recurrente y del hecho de no haberse agotado todas las vías jurídicas de recurso que ofrece el Derecho del Estado miembro?

4) Si en el caso de autos se ha producido una violación suficientemente cualificada del Derecho de la Unión, ¿se corresponde el importe reclamado por la recurrente con el daño del que es responsable el Estado miembro? ¿Es posible hacer coincidir el perjuicio entendido de este modo con el crédito cobrado, que constituye un enriquecimiento sin causa?

5) ¿Tiene prioridad la acción por la que se solicita la devolución de cantidades indebidamente pagadas, en cuanto medio jurídico de recurso, frente a la acción de indemnización por daños y perjuicios?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones prejudiciales primera a tercera

Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a tercera, que procede analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente si, y en qué condiciones, una violación del Derecho de la Unión derivada de una resolución judicial, dictada en el marco de un

procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral que estima una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una cláusula contractual que debe considerarse abusiva, constituye una violación «suficientemente caracterizada» de una norma del Derecho de la Unión que puede generar la responsabilidad extracontractual del Estado miembro de que se trate.

En este contexto, ese órgano jurisdiccional plantea la cuestión de si la circunstancia de que este procedimiento de ejecución no haya concluido, de que la persona contra la que éste se dirige haya mantenido una actitud completamente pasiva y de que no haya agotado todas las vías jurídicas de recurso, como la demanda de reclamación de lo indebidamente pagado, que el ordenamiento jurídico de que se trata pone a su disposición, tiene alguna incidencia a este respecto.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables es inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda (véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 31, y de 14 de marzo de 2013, Leth, C-420/11, EU:C:2013:166, apartado 40).

Este principio rige en cualquier supuesto de violación del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea la autoridad pública responsable de esta violación (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 32; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 31; de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, EU:C:2006:391, apartado 30, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, apartado 46).

Dicho principio es también aplicable, en determinadas circunstancias, cuando la violación en cuestión se deriva de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia. En efecto, habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas de la Unión y de la circunstancia de que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden hacer valer los derechos que les reconoce ese ordenamiento, el Tribunal de Justicia ha

considerado que se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se debilitaría la protección de esos derechos si los particulares no pudieran obtener una reparación, en determinadas condiciones, de los perjuicios que les provoque una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartados 32 a 36 y 59; de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, EU:C:2006:391, apartado 31, y de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 47).

Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si así sucede con las resoluciones de los días 15 y 16 de diciembre de 2008, a las que se refiere el litigio principal.

Dicho esto, es necesario recordar que, por lo que se refiere a los requisitos para que se genere la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares como consecuencia de las violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, el Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que los particulares perjudicados tienen un derecho a la reparación del perjuicio sufrido siempre que se cumplan tres requisitos, a saber, que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares (véanse, en particular, las sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 51; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 51, y de 14 de marzo de 2013, Leth, C-420/11, EU:C:2013:166, apartado 41).

Los mismos requisitos se aplican a la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del Derecho de la Unión (véase la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 52).

Por lo que respecta, en particular, al segundo de los requisitos mencionados en el anterior apartado 22, esta responsabilidad solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable (véanse las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513,

apartado 53, y de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, EU:C:2006:391, apartados 32 y 42).

Para determinar si existe una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, es preciso tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional. Así, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre los elementos que pueden tomarse en consideración a este respecto, se encuentran el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 56; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartados 54 y 55, y de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, EU:C:2006:774, apartado 213).

En todo caso, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (véanse las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 56; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, EU:C:2006:774, apartado 214, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, apartado 52).

Por lo que se refiere al litigio principal, suponiendo que, mediante sus resoluciones fechadas los días 15 y 16 de diciembre de 2008, el Okresný súd Prešov (Tribunal de Distrito de Prešov) se haya pronunciado en última instancia, sería, pues, necesario que mediante éstas ese órgano jurisdiccional hubiera también cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión con un desconocimiento manifiesto de las disposiciones de la Directiva 93/13 o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a ésta.

A este respecto, debe señalarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva 93/13 implica el

reconocimiento de la facultad del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, apartados 26, 28 y 29; de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, apartados 32 y 33, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartados 27 y 28).

Ciertamente, en el apartado 38 de su sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675), el Tribunal de Justicia reconoció que, en principio, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores podrían incluso justificar que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. No obstante, en esta sentencia, el Tribunal de Justicia no extrajo ninguna consecuencia de esta consideración, ya que la cuestión sobre la que debía pronunciarse era la de si un consumidor puede invocar la nulidad de un convenio arbitral por primera vez ante el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación de un laudo arbitral.

Sólo en su sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 32) el Tribunal de Justicia indicó claramente que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se limita a la mera facultad de pronunciarse sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Así pues, desde esta sentencia, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente esta obligación que pesa sobre el juez nacional (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartados 42 y 43; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 22, y de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, apartado 41).

En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en caso de que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, éste obligado a realizar de oficio un control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que sirven de fundamento al crédito reconocido en ese laudo a la luz de las disposiciones

de la Directiva 93/13 cuando, con arreglo a las normas procesales nacionales, deba, en el marco de un procedimiento de ejecución similar, apreciar de oficio si esas cláusulas son contrarias a las normas nacionales de orden público (véanse, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 53; el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76/10, EU:C:2010:685, apartados 51, 53 y 54, y la sentencia de 27 de febrero de 2014, Pohotovost, C-470/12, EU:C:2014:101, apartado 42).

Por consiguiente, no cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, ha inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

En el presente asunto, debe observarse que las resoluciones fechadas los días 15 y 16 de diciembre de 2008, a las que se refiere el litigio principal, son anteriores a esta sentencia.

En consecuencia, no resulta necesario apreciar si la circunstancia de que el procedimiento de ejecución objeto del litigio principal no haya concluido, de que la persona contra la que éste se dirige haya mantenido una actitud completamente pasiva y de que no haya agotado todas las vías jurídicas de recurso, como la demanda de reclamación de lo indebidamente pagado, que el ordenamiento jurídico de que se trata pone a su disposición, tiene alguna incidencia a efectos de generar la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por los daños causados a los particulares por vulneraciones del Derecho de la Unión provocadas por resoluciones judiciales, como las de los días 15 y 16 de diciembre de 2008, objeto del litigio principal.

En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a tercera del siguiente modo:

– Sólo se genera la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho de la Unión provocada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional cuando esta resolución proceda de un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que resuelva en última instancia, extremo éste que el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar en lo que respecta al litigio principal. Si ese fuera el caso, una

resolución de ese órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia únicamente puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, cuando, mediante esa resolución, dicho órgano jurisdiccional ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia.

– No cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral que estimó una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una cláusula contractual que debe considerarse abusiva, en el sentido de la Directiva 93/13, se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de esa cláusula, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, ha inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

Sobre las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta

Mediante sus cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la cuantificación económica del perjuicio causado por la eventual violación del Derecho de la Unión objeto del litigio principal se corresponde con el importe de la indemnización solicitada por la Sra. Tomášová, si puede asimilarse al importe del crédito efectivamente cobrado, esto es el del enriquecimiento sin causa de la persona a favor de quien se dictó el laudo arbitral, y si una acción dirigida a obtener la indemnización de ese perjuicio es subsidiaria respecto del ejercicio de una acción por la que se solicite la devolución de lo indebidamente pagado.

A este respecto, debe recordarse que, cuando concurren los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado, extremo éste que incumbe determinar a los órganos jurisdiccionales nacionales, incumbe al Estado, con arreglo al Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños ni pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad) (véanse las sentencias de 19 de

noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apartado 42; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 58; de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, EU:C:2009:178, apartado 31; de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, apartado 62, y de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 50).

Resulta de lo anterior que las reglas relativas a la evaluación de un daño causado por una violación del Derecho de la Unión quedan determinadas por el Derecho nacional de cada Estado miembro, debiendo entenderse que la normativa nacional que establece estas reglas debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad.

Lo mismo sucede en relación con la articulación entre una demanda por la que se solicita la reparación de tal daño y las demás vías de recurso que pueda prever el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, como puede ser una acción por la que se solicite la devolución de lo indebidamente pagado.

En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que las reglas relativas a la reparación de un daño causado por una violación del Derecho de la Unión, como las referidas a la evaluación de ese daño o a la articulación entre una demanda por la que se solicita la reparación de tal daño y las demás vías de recurso que puedan estar disponibles, quedan determinadas por el Derecho nacional de cada Estado miembro, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad>>.

## TRIBUNAL SUPREMO

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 79/2014] DE 8 DE JUNIO DE 2016 [Ponente: Pedro José Vela Torres].

*Sociedades de capital: responsabilidad solidaria de los administradores por deudas de la sociedad.- Si bien la inscripción del cese de los administradores de la sociedad en el Registro mercantil no es constitutiva, sí es obligatoria, y debido a los efectos de la publicidad material negativa solo a partir de la inscripción puede iniciarse el cómputo del plazo de cuatro años que conlleva la extinción de la acción de responsabilidad por prescripción, dado que solo desde ese momento es oponible al tercero de buena fe el hecho del cese.*

<<1.- La junta general de la compañía mercantil Gestora de Promoción y Publicidad, S.A., celebrada el 10 de enero de 2002, nombró administradores a D. Jenaro y a la mercantil Cano 63, S.L., por un periodo de cinco años.

2. - D. Simón, que era empleado de la sociedad, en la que desempeñaba el cargo de director de publicidad, fue despedido el 22 de marzo de 2002, con efectos de 18 de marzo anterior.

3.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid de 7 de junio de 2002, se condenó a Gestora de Promoción y Publicidad, S.A. a que abonara al Sr. Simón 478.032,48 €, en concepto de incentivos del año 2000.

4.- El mismo Juzgado de lo Social dictó otra sentencia de la misma fecha, en la que declaró improcedente el despido del Sr. Simón y condenó a Gestora de Promoción y Publicidad a su readmisión o al abono de la correspondiente indemnización, más los salarios de tramitación. Mediante auto de 29 de octubre de 2002, se declaró extinguida la relación laboral entre las partes, quedó fijada la indemnización en 42.115,20 € y el importe de los salarios de tramitación en 72.486,38 €.

5.- Ante la falta de abono voluntario de tales cantidades, el Juzgado de lo Social dictó sendos autos, de 10 de marzo y 24 de noviembre de 2003, en los que despachó ejecución, por un lado (despido), por 114.601,58 € de principal, 11.460,16 € presupuestados para intereses y 11.460,16 € presupuestados para costas. Y por otro (incentivos impagados), 478.032,048 € de principal, 47.803,20 € presupuestados para intereses y otros 47.803,20 € presupuestados para costas.

6.- Respecto del procedimiento en que se condenó al pago de incentivos, se dictó auto de 30 de septiembre de 2005, en el que se declaraba la insolvencia parcial de la ejecutada, ya que el demandante únicamente había percibido 529,71 €.

7.- Gestora de Promoción y Publicidad, S.A., presentó el 3 de julio de 2002 solicitud de suspensión de pagos, a la que acompañó un balance en el que constaba que el 24 de junio de 2002 tenía unos fondos propios negativos de 274.780,31 €.

8.- En el dictamen presentado por los interventores en el expediente de suspensión de pagos, consta que, a la fecha de la solicitud, la suspensa tenía un déficit patrimonial de 3.570.746,18 €.

9.- D. Jenaro y Cano 63, S.L., cesaron como administradores de Gestora de Promoción y Publicidad, S.A. por acuerdo de

la junta general celebrada el 22 de septiembre de 2003. Cuyos acuerdos se elevaron a escritura pública el 3 de diciembre de 2003, presentada a inscripción en el Registro Mercantil el 5 de agosto de 2005, retirada el 8 de septiembre de 2005, y vuelta a presentar el 12 de septiembre de 2005; quedando inscrito el acuerdo el 23 de septiembre de 2005.

[...]

Recurso de casación de D. Jenaro.

QUINTO.- Único motivo de casación. *Dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción cuatrienal de la responsabilidad de los administradores societarios por deudas sociales.

Planteamiento:

1.- Este motivo casacional se plantea al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción del art. 949 CCom., en relación con los arts. 24 de la Ley Hipotecaria y 55.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.- Se alega resumidamente que, conforme a los preceptos citados, el *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción de responsabilidad por deudas de los administradores sociales es la fecha de presentación en el Registro Mercantil del cese del administrador, siempre que el asiento de presentación no haya caducado.

Decisión de la Sala:

1.- Al interpretar el art. 949 CCom., la jurisprudencia (verbigracia, sentencias de esta Sala núm. 669/2008, de 3 de julio (RJ 2008, 4366); 240/2009, de 14 de abril (RJ 2009, 2897); 402/2009, de 12 de junio (RJ 2009, 4317); 415/2009, de 18 de junio (RJ 2009, 4321); y 206/2010, de 15 de abril (RJ 2010, 4047)), ha declarado que la falta de inscripción del cese de los administradores en el Registro Mercantil no comporta por sí misma, en lo sustantivo, que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo, pero sí impide que el administrador pueda oponerle al acreedor social o al perjudicado la prescripción de la acción, salvo mala fe de éstos o conocimiento efectivo por ellos del cese, porque sólo a partir de la inscripción "puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su conocimiento".

La inscripción del cese de los administradores no es constitutiva, por lo que aunque no se haya inscrito, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, como regla general, el administrador no responde frente a terceros de actuaciones u omisiones posteriores al cese aunque sean anteriores a su inscripción en el Registro Mercantil, ya que en tales supuestos no concurre el ineludible requisito de que la acción u omisión determinante de que surja en deber de responder pueda imputarse precisamente en condición de administrador a quien ha cesado (sentencias de esta Sala 123/2010 de 11 de marzo (RJ 2010, 2341), 206/2010 de 15 de abril, 291/2010 de 18 de mayo, 96/2011 de 15 de febrero (RJ 2011, 448), y 184/2011, de 21 de marzo (RJ 2011, 2888)).

No obstante, si distinguimos el plano sustantivo del procesal, hay que tener en cuenta que la inscripción es obligatoria (arts. 22.2 CCom. y 94.1 RRM); y mientras no se realice, no es oponible frente a terceros (arts. 21.1 CCom., y 9.1 RRM). Por esta razón, los efectos de la publicidad material negativa implican que si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento (SSTS 669/2008, de 3 de julio (RJ 2008, 4366); 240/2009, de 14 de abril (RJ 2009, 2897); 123/2010, de 11 de marzo (RJ 2010, 2341); 96/2011, de 15 de febrero (RJ 2011, 448); y 184/2011 de 21 de marzo (RJ 2011, 2888)).

2.- Respecto de la cita simultánea como infringidos de los arts. 24 LH y 55 RRM, debe advertirse que no cabe una traslación mecánica de los principios registrales que operan en un registro de bienes, como es el Registro de la Propiedad, a un registro de personas, como es el Registro Mercantil. La preferencia excluyente o en rango de derechos reales distintos impuestos sobre una misma finca no es lo mismo que la contradicción que se ventila entre hechos registrables incompatibles (normalmente acuerdos y decisiones sociales) que se predicen de un sujeto inscribible en el registro de personas. En un registro de personas, el llamado principio de prioridad no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes, donde los derechos que sobre ellos recaigan o bien son incompatibles o gozan entre sí de preferencia en razón del momento de su acceso al registro. Por ello, aunque el art. 10 RRM haga una formulación de tal principio, que no aparece con rango de

ley, su aplicación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación donde los principios de legalidad y de legitimación tienen su fuente en la Ley, concretamente el Código de Comercio.

Conforme a tales consideraciones y a partir de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, dado que la inscripción del cese de los administradores tuvo lugar el 23 de septiembre de 2005 y la demanda se presentó el 22 de septiembre de 2009, no puede considerarse que la acción estuviera prescrita. A lo que no es óbice que el asiento de presentación de la escritura donde constaba el cese fuera anterior, porque la fecha de dicho asiento tiene importancia desde el punto de vista del principio de prioridad registral (art. 10RRM), conforme al cual, los actos respecto de los que se ha solicitado la inscripción con anterioridad en el tiempo gozan de prioridad frente a aquellos otros actos opuestos o incompatibles cuya inscripción se ha solicitado posteriormente (*prior in tempore potior in iure*); y respecto de cuyos actos, si finalmente se realiza la inscripción, la fecha del asiento de presentación será la fecha desde la cual tenga efecto la inscripción (art. 55 RRM). Pero tal principio es ajeno a la oponibilidad a terceros, que únicamente se logra mediante la inscripción (*rectius*, desde su publicación en el BORME), según disponen expresamente los citados arts. 21.1 CCom., y 9.1 RRM. A lo que no se opone la sentencia de esta Sala núm. 912/1999, de 6 de noviembre (RJ 1999, 8004), pues como bien se dice en la sentencia recurrida, el supuesto enjuiciado era diferente, al referirse al plazo para una adaptación estatutaria impuesta legalmente.

3.- Como consecuencia de lo cual, el recurso de casación debe ser desestimado.

Recurso de casación de Cano 63, S.L.

SEXTO.- Primer motivo de casación. *Dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad.

Planteamiento:

1.- Se formula al amparo del art. 477.2 LEC y denuncia infracción del art. 949 CCom., en relación con los arts. 43, 54 y 55 RRM.

2.- En la argumentación del motivo se aduce que como el demandante solicitó información registral, debía constarle que desde el 5 de agosto de 2005 constaba presentada la escritura pública donde figuraba el cese de los administradores.

Decisión de la Sala:

Este motivo incurre en lo que se denomina petición de principio o hacer supuesto de la cuestión. En efecto, insiste en que el Sr. Simón tenía que conocer el cese de los administradores con antelación a la fecha de inscripción, obviando que el acto únicamente es oponible a terceros desde la fecha de la misma. En consecuencia, a fin de evitar inútiles repeticiones, damos por reproducido lo expuesto al resolver el anterior recurso de casación y dado que su fundamentación es básicamente idéntica a la de este motivo, el mismo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Segundo motivo de casación. Responsabilidad por omisiones ajenas.

Planteamiento:

1.- En este segundo motivo de recurso se denuncia infracción de los arts. 1.098, 1.093 y 1.902 CC.

2.- Al desarrollarlo, se afirma resumidamente que es contrario a la Ley imputar a una persona responsabilidades por actos de terceros que exceden de sus facultades de control y actuación. Los administradores cesantes no pueden ser responsables de la demora del Registro Mercantil en realizar la inscripción.

Decisión de la Sala:

1.- Aparte de que este motivo nuevamente hace supuesto de la cuestión, es inadmisibles porque plantea una cuestión nueva, no alegada en la instancia (sentencias núm. 632/2012, de 29 octubre (RJ 2012, 9731); 32/2013, de 6 de febrero (RJ 2013, 2002); 268/2013, de 22 de abril (RJ 2013, 4603), entre otras muchas).

2.- Por lo demás, no pueden ser infringidos por la sentencia recurrida preceptos que no ha citado y que ni siquiera ha tomado en consideración para la resolución del recurso de apelación y de la cuestión litigiosa.

OCTAVO.- Tercer motivo casacional. Interpretación de los arts. 21 [(sic) 22] CCom. y 9 RRM.

Planteamiento:

Se denuncia errónea interpretación de los arts. 9 RRM y 22 CCom. (aunque en el encabezamiento se cita el 21), ya que la fecha de la inscripción del cese de los administradores y de publicación en el BORME no fue alegada por el demandante, ni consta en todo el litigio.

Decisión de la Sala:

Al socaire de una supuesta infracción de los artículos citados, lo que realmente se denuncia en este motivo es una pretendida incongruencia de la sentencia recurrida, lo que es completamente ajeno al recurso de casación y debería haberse planteado, en su caso, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme al art. 469.1.2.º LEC>>.

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 592/2014] DE 29 DE JUNIO DE 2016 [Ponente: Pedro José Vela Torres].

*Sociedades de capital: exclusión de socios de una sociedad de capital.- Interés casacional: contradicción con la única sentencia del Tribunal Supremo existente sobre la determinación del plazo de ejercicio por un socio de la acción de exclusión de otro socio.- El plazo para ejercitar la acción de exclusión debe ser el mismo cualquiera que sea quien lo haga, la sociedad -legitimada principal- o el socio que votó a favor del acuerdo -legitimado subsidiario-. Ahora bien, precisamente por la subsidiariedad de la legitimación, el plazo es sucesivo, lo que influye en la determinación del dies a quo. En el caso de la sociedad, el plazo comienza en la fecha de adopción del acuerdo de exclusión y el mes se cuenta de fecha a fecha. Mientras que en el caso de los socios legitimados, el plazo se computará desde el día en que hubieran tenido conocimiento, o hubieran debido tenerlo, de que la sociedad no había ejercitado la acción.*

<<El 10 de diciembre de 2010 se celebró junta general de la compañía mercantil Europreven Girona, S.L., en la que se adoptó el acuerdo de excluir de la sociedad a la socia Dña. Rosana, por haber infringido la prohibición de competencia cuando desempeñaba el cargo de administradora de dicha sociedad. La Sra. Rosana era titular del 50% del capital social de la mencionada sociedad.

2.- El Juzgado de lo Mercantil de Girona dictó sentencia el 29 de abril de 2011, en la que acordaba el cese como administradora de la Sra. Rosana, por infracción de la prohibición de competencia. Dicha resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de febrero de 2012.

3.- El 29 de mayo de 2013, al no haber ejercitado la sociedad la acción de exclusión en el plazo legal, Dña. Rosa Bagué Oller, socia de Europreven Girona, S.L., titular del otro 50% del capital social, interpuso demanda en la que ejercitaba dicha acción contra Dña. Rosana, y solicitaba que: (i) Se declarase que el acuerdo de exclusión de la socia Rosana, adoptado en junta general 10 de diciembre de 2010 de



Europreven Girona, S.L., es válido y ajustado a derecho; (ii) Se acuerde excluir a la mencionada socia de dicha sociedad.

4.- La demandante conocía que la sociedad no había ejercitado la acción de exclusión, como mínimo, desde el 28 de enero de 2011.

5.- El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda, al considerar que la acción estaba caducada. Para ello, se basó en la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2003.

6.- Apelada la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. En resumen, consideró que el art. 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) no establece ningún plazo de caducidad o prescripción, por lo que el plazo de ejercicio de la acción de exclusión a instancia de un socio debe ser el del art. 947 CCom. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia apelada y estimó la demanda.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Admisibilidad. Existencia de interés casacional.

1.- El recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, en dos motivos. En el primer motivo, dicho interés casacional estribaría en la contradicción por la sentencia recurrida de la doctrina establecida por la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003 (RJ 2003, 2958), en el recurso de casación núm. 2715/1997. En el segundo motivo, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio de los derechos potestativos, representada por las sentencias de esta Sala de 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994.

Como quiera que la parte recurrida niega la existencia de interés casacional y, por tanto, solicita la inadmisibilidad del recurso, debe ser ésta la primera cuestión sobre la que nos pronunciemos.

2.- La Ley de Enjuiciamiento Civil permite el acceso al recurso de casación contra sentencias recaídas en los procesos cuya cuantía exceda de 600.000 €, o en aquellos asuntos que no se tramiten por razón de cuantía, los de cuantía indeterminada y también los de cuantía determinada -salvo que esta no supere los 3.000 euros, ya que en tal supuesto ni siquiera hay posibilidad de apelación-, siempre que exista interés casacional (art. 477.2.3º LEC). Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 207/2016, de 5 de abril (RJ 2016, 1316), y 296/2016, de 5 de mayo, tal opción legislativa de ampliar el acceso a la casación a la generalidad de los asuntos -incluso aquellos en los que la sentencia no produce efecto de cosa juzgada material- tiene

como finalidad facilitar que este Tribunal ejerza su función de unificación de doctrina, siempre que se trate de materias en que efectivamente ello resulte posible y necesario para la mejor administración de justicia, sin que pueda darse cabida a los supuestos en que el interés casacional sea meramente ficticio y no se pretenda en realidad más que la formulación por esta Sala de un nuevo juicio que integre, a su vez, una tercera instancia; o en su caso, la posibilidad de sostener un recurso por infracción procesal.

3.- El art. 477.3 LEC establece que:

«Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

En relación con lo cual, el auto de esta Sala de 6 de marzo de 2012 (JUR 2012, 101922) (Rec. 1178/11), afirma que el interés casacional:

«consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En la misma línea AATS de 29/9/11, Rec. 133/11; 12/4/11 (JUR 2011, 140939), Rec. 764/09; 20/9/11, Rec. 1337/11; 12/4/11, Rec. 764/09; entre otros».

4.- Sobre esta base legal y jurisprudencial, el recurso que se somete a nuestra consideración sí tiene tal interés casacional, porque existe contradicción con la única sentencia que hasta la fecha ha dictado este Tribunal sobre la determinación del plazo de ejercicio por un socio de la acción de exclusión de otro socio de una sociedad de capital (sentencia núm. 351/2003, de 9 de abril). Conforme a la cual, el plazo sería de caducidad y se computaría desde que los socios tienen conocimiento de que la sociedad no ha ejercitado la acción de exclusión.

Razón por la cual debe confirmarse la admisibilidad del recurso de casación.

TERCERO.- Primer motivo de casación. Interpretación del art. 352.3 LSC. Plazo de ejercicio de la acción de exclusión ejercitada por un socio frente a otro socio.

Planteamiento:

1.- D.ª. Rosana interpuso un primer motivo de casación, por infracción del art. 352.3 LSC, en relación con la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003 (RJ 2003, 2958), en el recurso de casación núm. 2715/1997.

2.- En el desarrollo del motivo alega, sintéticamente, que el plazo de ejercicio por un socio de una sociedad de capital de la acción de exclusión de otro socio, es de un mes desde que tuvo noticia de que la sociedad no la había ejercitado. Y en este caso dicho plazo habría transcurrido más que sobradamente.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque el procedimiento de exclusión de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada es inicialmente un procedimiento extrajudicial, en aquellos casos en que el socio afectado se hubiera opuesto al acuerdo y tenga una participación igual o superior al veinticinco por ciento del capital social, no es suficiente el acuerdo de la junta general, sino que la sociedad, además de adoptar el acuerdo de exclusión, deberá instar un proceso judicial que ratifique la exclusión del socio (art. 352.2 LSC). A su vez, el art. 352.3 LSC dispone que cuando la sociedad no haya ejercitado la acción en el plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo, estará legitimado para ejercitarla en su nombre cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo.

2.- La Ley no establece expresamente en qué plazo debe ejercitarse dicha acción por legitimación subsidiaria. La sentencia de este Tribunal núm. 351/2003, de 9 de abril, al interpretar el art. 99.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de igual contenido que el actual art. 352.3 LSC, estableció lo siguiente:

«El art. 99.2 LSRL silencia el plazo en que aquellos socios pueden ejercitar la acción si transcurre el del mes sin que lo haya hecho la sociedad. Si se tiene en cuenta que han de actuar por exigencia del susodicho precepto "en nombre de la sociedad", no es razonable sostener que la misma tiene un plazo muy reducido para actuar por sí misma, es decir, por sus propios representantes, pero en cambio, cuando actúa a través de los socios, tiene un plazo más extenso, que sería el

del art. 947 Código de comercio. Lógicamente, el plazo debe ser el mismo. Ahora bien, el «dies a quo» del cómputo debe ser el día en que los actores han tenido conocimiento de que la sociedad no ha ejercitado la acción de expulsión, por aplicación de la legislación común (art. 1.969 Cód. civ.).

»A este argumento de lógica deben añadirse las atinadas consideraciones de la sentencia de primera instancia, que destaca la impropiedad de fijar un largo plazo que permita que cuestiones fundamentales para la correcta marcha de la sociedad, como la de exclusión de un socio, queden en el régimen de transitoriedad e indefinición, en contraste con la celeridad que exige el tráfico jurídico y con su seguridad. En el fondo, se trata aquí de dar eficacia a un acuerdo social de expulsión de un socio, que debe seguir en cuanto al plazo para lograrlo el mismo espíritu restrictivo que el legislador muestra en la fijación de plazos para impugnar acuerdos sociales».

3.- No se aprecia razón alguna para variar dicho criterio. El art. 352.3 LSC, al igual que el anterior art. 99.2 LSRL, no establece un plazo específico para el ejercicio de la acción por el socio porque es el mismo que el que señala para la sociedad. Solo en el caso de que se hubiera querido que los plazos fueran diferentes, tendría que haberse hecho una mención especial al plazo de ejercicio para el socio. A tal efecto, no cabe olvidar que el art. 352.2 LSC no confiere al socio una legitimación propia, sino una legitimación subsidiaria, al decir expresamente que la acción de exclusión por parte del socio se ejercitará «en nombre de la sociedad». Es decir, el interés legalmente tutelado no es el del socio, sino el de la sociedad.

Por eso, aunque no se diga expresamente, el plazo para ejercitar la acción de exclusión debe ser el mismo cualquiera que sea quien lo haga, la sociedad -legitimada principal- o el socio que votó a favor del acuerdo -legitimado subsidiario-. Si bien, precisamente por la subsidiariedad de la legitimación, el plazo es sucesivo, lo que influye en la determinación del dies a quo. En el caso de la sociedad, el plazo comienza en la fecha de adopción del acuerdo de exclusión y el mes se cuenta de fecha a fecha, como ordena el art. 5.1 CC. Mientras que en el caso de los socios legitimados, el plazo se computará desde el día en que hubieran tenido conocimiento, o hubieran debido tenerlo, de que la sociedad no había ejercitado la acción.

4.- En suma, lo que establece el art. 352.3 LSC es que la sociedad tiene un plazo de un mes, desde la fecha de adopción del acuerdo, para ejercitar la acción de exclusión prevista en el apartado 2º del mismo precepto; y si deja transcurrir dicho plazo sin hacerlo, la legitimación se traslada

de manera subsidiaria a cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo, que deberá ejercitar la acción en el mismo plazo de un mes, a contar desde que tuvo o debió tener conocimiento de que la sociedad no lo había hecho. Si, por el contrario, ni la sociedad ni ningún socio legitimado ejercen la acción en tales plazos sucesivos, decaerá el acuerdo adoptado en la junta>>.

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 590/2014] DE 19 DE JULIO DE 2016 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo].

*Concurso de acreedores: efectos sobre los contratos.- Resolución del contrato y efectos de la resolución: el hecho de que el efecto restitutorio que origina la resolución de un contrato de tracto único como la compraventa no esté previsto en la Ley Concursal no significa que no resulte de aplicación cuando el contrato se resuelve por incumplimiento del concursado. Al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte in bonis es contra la masa. Ahora bien, la parte in bonis está vinculada por su actuación dentro del concurso, de modo que, el crédito restitutorio será concursal cuando hubiera comunicado su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal contingente, en cuanto que dependía de la resolución del contrato*

<<El 28 de diciembre de 2005, Fadesa Inmobiliaria, S.A. (luego, Martinsa-Fadesa, S.A.) concertó un contrato de venta de una parcela (identificada VA-20-4) en Perbes-San Xoan de Vilanova del término municipal de Miño, con Carpol Inversiones, S.L. (en adelante, Carpol), por un precio total de 194.450 euros. En la estipulación 7ª del contrato se disponía que Fadesa se obligaba a entregar la parcela en septiembre de 2006.

El 24 de julio de 2008 se declaró el concurso voluntario de Martinsa-Fadesa, sin que hasta entonces hubiera entregado a Carpol la parcela convenida. Hasta ese momento, Carpol había entregado a cuenta 113.940'98 euros.

El 12 de septiembre de 2008, Carpol comunicó en el concurso de acreedores su crédito de 113.940'98 euros.

La administración concursal incluyó este crédito en la lista de créditos concursales, aunque con la consideración de crédito contingente.

El 11 de marzo de 2011, se dictó sentencia por la que se aprobaba el convenio en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa.

El 24 de febrero de 2012, Carpol dirigió un burofax a Martinsa Fadesa en el que le comunicaba la resolución del contrato de compraventa de 28 de diciembre de 2005, por incumplimiento contractual.

2. Carpol interpuso, a continuación, la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en la que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de Martinsa Fadesa de su obligación de entregar la parcela convenida, y la condena a Martinsa Fadesa a pagar a Carpol la suma de 143.941 euros, lo que comprende la devolución de las cantidades entregadas a cuenta (113.940,98 euros) y una indemnización de daños y perjuicios de 30.000 euros.

La demandada, Martinsa Fadesa, se allanó a la pretensión de resolución del contrato de compraventa, y se opuso a la reclamación dineraria, al entender que el crédito por la devolución de las cantidades entregadas a cuenta es un crédito concursal afectado por el convenio, y que la condena indemnizatoria resultaba improcedente.

3. El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda. Aceptó el allanamiento y declaró la resolución del contrato de compraventa. Luego, entendió que, como el contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes cuando se declaró el concurso, el crédito de Carpol (parte *in bonis*) a la entrega de la vivienda era contra la masa, y el crédito de la devolución de las cantidades a cuenta habría nacido al resolverse el contrato, con posterioridad a la declaración de concurso. Por eso, estimó la pretensión de condena a la restitución de 113.940,98 euros, con cargo a la masa. Sin embargo desestimó la pretensión indemnizatoria de 30.000 euros.

4. La Audiencia que conoció del recurso de apelación formulado por Martinsa-Fadesa, partió de que la resolución del contrato de compraventa y la desestimación de la reclamación de una indemnización de 30.000 euros habían quedado ya firmes. La controversia se centraba en torno a si el crédito de 113.940'98 euros era un crédito contra la masa que debía ser abonado como tal por Martinsa-Fadesa, o si, como postulaba la apelante, este crédito era concursal y estaba sujeto a los efectos novatorios del convenio.

La Audiencia entiende que el crédito de Carpol de 113.940'98 euros es un crédito concursal, nacido antes de la declaración de concurso, ya que el último pago efectuado fue el 30 de agosto de 2006. Por otra parte, el mismo

acreedor, Carpol, comunicó este crédito como concursal, y fue incluido en la lista de acreedores como crédito concursal contingente, al depender del incumplimiento de la obligación de entrega de la parcela. La lista de acreedores no fue impugnada por Carpol, por lo que la inclusión de su crédito en la lista de créditos concursales devino firme. Y la obligación de devolución de este crédito concursal está afectada por el convenio, en virtud de lo previsto en el art. 134 LC.

Por todo ello, la Audiencia estima el recurso de apelación y declara que el crédito es concursal, sujeto a los efectos derivados de la aprobación del convenio.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Carpol, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO.- Recurso de casación

1. Formulación de los motivos primero, segundo y tercero.

En atención a que los tres motivos están íntimamente ligados, estimamos conveniente analizarlos de forma conjunta.

i) El motivo primero se funda en la infracción de la jurisprudencia sobre el incumplimiento resolutorio del art. 1.124 CC.

En el desarrollo de este motivo se razona en qué consiste esta infracción: la sentencia recurrida «considera que el contrato de compraventa ya estaba incumplido y resuelto desde septiembre de 2006, y con anterioridad al concurso de Martinsa Fadesa, declarado mediante auto de fecha 24 de julio de 2008, en vez del año 2012 que fue cuando la compradora envió un burofax resolviendo la compraventa e interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de La Coruña, al resultar imposible cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa por estar la parcela incurso en un procedimiento de ejecución hipotecaria».

ii) El motivo segundo se funda en la infracción de la jurisprudencia de esta Sala sobre la resolución de la compraventa por incumplimientos anteriores al concurso conforme al artículo 62.1 de la Ley Concursal.

La jurisprudencia infringida sería la contenida en la reseñada Sentencia 505/2013, de 24 de julio (RJ 2013, 5204), y en la posterior Sentencia 510/2013, de 25 de julio. Esta jurisprudencia declara que el comprador no puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa por ser este un contrato de tracto único, en el cual, conforme al art. 62.1 LC, la parte in-

bonis sólo puede ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento era posterior a la declaración de concurso.

En el desarrollo de este motivo segundo se razona que la vendedora demandada se allanó a la resolución solicitada por la compradora en noviembre de 2012, que se basaba en un incumplimiento anterior al concurso, y así lo entendió también la Audiencia. El recurrente entiende que «esta afirmación se opone a la jurisprudencia sobre resolución de la compraventa por incumplimientos anteriores al concurso...», establecida en aquellas dos sentencias invocadas. Y concluye: «si el incumplimiento es anterior, no cabría la resolución de la compraventa y la demandada aceptó la resolución en su escrito de contestación».

iii) El motivo [tercero] se basa en la «infracción de la doctrina de los actos propios de esta Sala en cuanto a los requisitos exigidos para su aplicación».

Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del recurso.

Al resolver el recurso de casación debemos ceñirnos a lo que sigue siendo controvertido, y partir de lo que ha sido resuelto de forma firme, sin poder valorar si esto último es correcto o no.

Hemos de partir de unos hechos probados, que han sido expuestos en el apartado 1 del primer fundamento jurídico de esta sentencia. Entre ellos destaca que el contrato de compraventa convenido por Carpol con Fadesa el 28 de diciembre de 2005, conllevaba para Fadesa la obligación de entregar una determinada parcela en una promoción que estaba desarrollando en Perbes-San Xoan de Vilanova, y para Carpol el pago de un precio total de 194.450 euros.

La obligación de entrega de la parcela debía haberse cumplido en septiembre de 2006. Cuando fue declarado el concurso de acreedores (24 de julio de 2008), la obligación hacía tiempo que era exigible y no se había cumplido.

De tal forma que, al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, Martinsa Fadesa tenía pendiente la entrega de la parcela y Carpol el pago de la diferencia entre el precio convenido (194.450 euros) y lo ya abonado (113.940'98 euros).

Conforme a lo prescrito en el art. 61.2 LC, al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de

cumplimiento por una y otra parte, la obligación de entrega de la parcela debía realizarse con cargo a la masa.

Escapa al ámbito de este recurso de casación juzgar si el contrato de compraventa fue correctamente resuelto o no. Lo que no cabe duda es que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.

En la sentencia 505/2013, de 24 de julio, llegamos a esta conclusión en un supuesto muy similar, en que el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda se había cumplido varios meses antes de la declaración de concurso y el cumplimiento se realizó después de la declaración de concurso. En ese caso razonamos:

«Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes de la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después».

La ejecución de la garantía hipotecaria que gravaba la parcela, acaecida en el caso que ahora enjuiciamos con posterioridad a la declaración del concurso, no es el momento del incumplimiento, sin perjuicio de que constate la imposibilidad de cumplimiento futuro. Esto es, a partir de entonces es lógico entender que la obligación que hasta entonces estaba pendiente de ser cumplida, ya no podrá serlo en el futuro. Hasta entonces, la promotora estaba en mora, había vencido la obligación de entrega de la parcela y estaba pendiente de cumplir con ella, pero desde el momento en que se ejecutó la hipoteca, devino imposible el cumplimiento tardío.

3. Como hemos advertido, ahora, en casación, la procedencia de la resolución del contrato resulta incontrovertida. Tan sólo se cuestionan los efectos de esta resolución.

Debemos partir de que se solicitó, y el juzgado acordó, como consecuencia del allanamiento de la concursada, la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada de su obligación de entrega de la vivienda. Acordada la

resolución de un contrato por incumplimiento de la concursada, los efectos deberían ser los previstos en la norma específica.

En principio, esta norma es la contenida en el art. 62.4 LC, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».

Pero esta norma, en realidad, regula los efectos de la resolución sobre los contratos de tracto sucesivo, en los que es posible distinguir entre las obligaciones pendientes de vencimiento y las vencidas, y dentro de estas últimas según el incumplimiento por parte del concursado fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. La norma prevé los efectos liberatorio, liquidatorio de la relación jurídica contractual e indemnizatorio propios de la resolución de un contrato de tracto sucesivo.

4. Como ha explicado la doctrina, los contratos de tracto sucesivo requieren de modo esencial del tiempo para su cumplimiento, de tal forma que, una vez celebrado el contrato que sirve de marco para la relación contractual, nacen obligaciones para ambas partes de modo sucesivo, periódico o continuado. En estos periodos de tiempo, ambas partes de manera recíproca ven parcialmente satisfecho su interés, en cierto modo independiente de los demás periodos del contrato, ya que la obligación de una parte y su correlativa se circunscriben a un tiempo determinado, sin perjuicio de que en cada periodo nazcan de nuevo recíprocas obligaciones para ambos. Por eso la resolución del contrato no afecta a las obligaciones ya cumplidas por ambas partes, porque han sido ya recíprocamente correspondidas por la correlativa y han satisfecho el interés de ambas partes. Y de ahí que no tenga sentido un efecto restitutorio asociado a la resolución, pues la eficacia de la resolución es *ex nunc* y no *ex tunc*. Luego los efectos serán liberatorios, liquidatorios de la relación contractual y, en su caso, indemnizatorios.

El efecto liberatorio de la resolución del contrato conlleva que los contratantes dejan de estar obligados a ejecutar las prestaciones pactadas pendientes de vencimiento.

Respecto de las obligaciones ya vencidas, procede la liquidación de la relación jurídica. Para ello, partiendo de que el cumplimiento de la parte *in bonis* y el incumplimiento del concursado han justificado la resolución del contrato, el art. 62.4 LC reconoce a la parte *in bonis* su derecho de crédito a las prestaciones incumplidas por la concursada, pero atribuye a este crédito un distinto tratamiento según este incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. Respecto de las obligaciones incumplidas antes de la declaración de concurso, la parte *in bonis* tiene un crédito concursal; mientras que respecto de las obligaciones incumplidas después de la declaración de concurso, el crédito de la parte *in bonis* debe satisfacerse con cargo a la masa.

Todo ello, sin perjuicio de que, en caso de que se acrediten daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la concursada, el tribunal pueda condenar, con cargo a la masa, a la indemnización de dichos daños y perjuicios.

5. Pero los efectos de la resolución de un contrato de tracto único, como es la compraventa objeto del presente caso, son diferentes. Como declaramos en la Sentencia 505/2013, de 24 de julio, «en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no». De modo que, en principio, un cumplimiento parcial de esta obligación no satisface el interés y la obligación correlativa de la contraparte.

De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución en estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo recibido. La doctrina justifica la procedencia de este efecto, en caso de resolución por incumplimiento contractual ex art. 1.124 CC, en la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.123 CC para las genuinas condiciones resolutorias, que impone a los interesados la restitución de lo que hubieren percibido. Esta restitución será in natura, cuando pueda ser posible, y de no serlo, por equivalente.

El que este efecto restitutorio no venga expresamente previsto en el art. 62.4 LC no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del concursado. Es connatural al carácter recíproco de las obligaciones y se acomoda mejor a la previsión contenida en el art. 61.2 LC, que para estos casos en que las obligaciones estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso, califica como

crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento por la concursada. Al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa.

6. Pero lo anterior no significa que estimemos el recurso, porque, como muy bien razonó la Audiencia, Carpol está vinculada por su actuación dentro del concurso y en concreto porque hubiera comunicado su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal contingente, en cuanto que dependería de una resolución del contrato. La administración concursal accedió a incluir este crédito en la lista de acreedores, con la consideración de crédito contingente, lo que, por no ser impugnado devino firme (art. 97.1 LC), y condiciona el resultado de la acción ahora ejercitada. Máxime si tenemos en cuenta que un tribunal distinto del que tramita el concurso carece de competencia para calificar un crédito como concursal o contra la masa. Respecto de los créditos concursales, esta función corresponde al juez del concurso mediante la aprobación de los textos definitivos de la lista de acreedores; y respecto de los créditos contra la masa mediante el preceptivo incidente concursal (art. 84.4 LC)>>.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### AUTO DE LA SECCIÓN 3ª AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA [Recurso 918/2015] DE 25 DE MAYO DE 2016 [Ponente: Ildfonso Prieto García-Nieto].

*Consumidores y usuarios: carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.- Una cláusula de vencimiento anticipado produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato cuando permite la resolución contractual por un incumplimiento puntual de las obligaciones de devolución aplazada del capital e intereses por el prestatario.- El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el contrato no ha de llevar aparejado el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria.*

<<El auto frente al que apela la parte ejecutada no apreció el carácter abusivo de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria destinado a la adquisición de vivienda

habitual, que establecía la facultad de la entidad prestamista de dar por vencido anticipadamente el contrato en caso de “Falta de pago el día de su respectivo vencimiento de cualquiera de las comisiones, gastos, liquidaciones de interés remuneratorios o moratorios, cuotas de amortización comprensiva de capital e intereses ..”.

Se considera en dicha resolución que no cabe apreciar el carácter abusivo de dicha estipulación porque no existe un ejercicio abusivo de tal cláusula, al superarse con creces el límite legal introducido por la Ley 1/2013.

Alega la parte apelante que la falta de pago de 6 cuotas del préstamo no es un incumplimiento contractual suficientemente grave, atendida la duración del contrato (35 años) y el capital prestado (315.000 euros), como para justificar el vencimiento anticipado del contrato y la reclamación de todo lo adeudado por capital y por intereses. Y de ahí concluye que se da “una falta de equilibrio y proporcionalidad entre empresario y consumidor” que “denota que estamos ante una cláusula abusiva evidente”, lo que debiera dar lugar a rechazar la pretensión de reclamación íntegra del capital e intereses fundada en el vencimiento anticipado y al sobreseimiento de la ejecución y, en su defecto, acordar la reducción del despacho de la ejecución exclusivamente a la cantidad impagada.

Procede estimar en parte el recurso, adaptando nuestro criterio precedente a la última jurisprudencia interna y comunitaria.

## SEGUNDO

El hecho de que la entidad ejecutante no hiciera uso de la facultad de declarar vencido de forma anticipada el préstamo tras el impago de una sola cuota de capital e intereses, sino que la ejercitara cuando se había producido ya el impago de seis de ellas, no impide entrar a valorar el carácter abusivo de la cláusula alegado por la parte ejecutada al amparo del art. 695.1.4º LEC (cfr. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 junio 2015. Caso BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra F.Q.U. y M.I.S.G. [TJCE 2015, 224]).

Y tampoco lo impide el hecho de que se haya respetado el grado de incumplimiento establecido hoy en el art. 693.2 LEC [“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos,

equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo”].

Aunque la facultad de resolución o vencimiento anticipado se haya ejercitado por el prestamista cuando el incumplimiento del prestatario ya excede del indicado en el referido precepto, “los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89) (caso C-415/11)” (Sentencia núm. 705/2015 de 23 diciembre, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Sentencia [RJ 2015, 5714]).

Por otra parte, esta última resolución que hemos citado aprecia, en el ámbito de la acción colectiva que examina, que “parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

Parece pues que el Alto Tribunal postula que, aunque una cláusula como la que se examina (que faculta al acreedor al vencimiento anticipado del préstamo tras el impago de cualquier cuota de amortización comprensiva de capital e intereses) sea abusiva en abstracto, debe llevarse a cabo un análisis de si el ejercicio de tal facultad, en el caso concreto (aquí tras el impago de seis cuotas) está o no “justificado”.

Sin embargo, esta diferenciación entre el carácter abusivo de la cláusula, tal y como aparece en el contrato, y la justificación o injustificación de su ejercicio en el caso concreto (a los efectos de apreciar o no la abusividad, se entiende) no casa con la doctrina establecida por el TJUE en el auto de 11 de junio de 2015, que antes hemos citado.

Esta última resolución, partiendo de la base de que, la “cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato”, deja sentado claramente que incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, “tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo”. Es decir, establece que el control judicial de

abusividad debe operar sobre la cláusula de vencimiento anticipado, tal y como aparece redactada en el contrato.

Y, caso de apreciarse así su carácter abusivo (cosa que el propio TS proclama), el TJUE deja sentado que “la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

En consecuencia, estimamos que si la cláusula examinada es abusiva tal y como está configurada en el contrato, debe declararse así, independientemente del ejercicio que, en el caso concreto, el acreedor haya hecho de su facultad de proceder al vencimiento anticipado del contrato.

Y no puede ofrecer duda que una cláusula de vencimiento anticipado como la que aquí examinamos, produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, en cuanto que permite la resolución contractual por un incumplimiento puntual de las obligaciones de devolución aplazada del capital e intereses por el prestatario.

#### TERCERO

No obstante, siguiendo la propia tesis del Tribunal Supremo en la citada sentencia de su Pleno, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el contrato no ha de llevar aparejada el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria puesto que, como concluye dicha sentencia (a cuyos argumentos nos remitimos en aras a la brevedad) “sobreser el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato”.

Considera el Alto Tribunal que “si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado” se produciría una penalización al consumidor ejecutado, porque no podría acogerse a las “oportunidades” o especialidades que dentro de dicho procedimiento se le ofrecen; así el remedio enervatorio de la ejecución, previsto

en el art. 693.3 LEC, que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario; o también las previstas en los arts. 579 y 682-2-1ª LEC.

#### CUARTO

Esas mismas consecuencias se producirían en parte si, como subsidiariamente se pide en el recurso, como consecuencia del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, se limitara la ejecución, a las cantidades impagadas por el ejecutado; esto es así porque la facultad de liberar el bien aun sin el consentimiento del acreedor (en el caso de que el bien hipotecado fuese la vivienda habitual), prevista en el art. 693.3 LEC (mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte), solo entra en juego en el caso de que la ejecución se siga por la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses (art. 693.2 LEC al que remite el art. 693.3 LEC)

Por ello, la pretensión subsidiaria del apelante, tampoco ha de prosperar.

#### QUINTO

En el auto objeto de apelación, se desestimó la oposición fundamentada en el carácter abusivo de la cláusula sexta del contrato de préstamo que fijaba un interés del 20% anual por demora en el pago, a su vencimiento, de cualquiera de las cuotas, comisiones o gastos.

La decisión se basaba en la aplicación del criterio, reiterado por este Tribunal de apelación, según el cual, si el tipo de interés de demora que se aplica en la liquidación de la demanda ejecutiva, se ajusta a la limitación prevista en el tercer párrafo del art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 1/2013 [Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil] no cabría apreciar la abusividad denunciada porque el tipo de interés de demora contenido



en la cláusula contractual no fundamentaría la ejecución (ex art. 695.1.4º LEC).

La parte ejecutada opone en su apelación que la aplicación del límite máximo establecido en el art. 114 LH “no sirve para subsanar el carácter abusivo y por tanto la nulidad de la cláusula inicialmente puesta por la entidad financiera”.

Y pide que, caso de no sobreseerse la ejecución o no limitarse la misma a las cantidades impagadas, se imponga a la ejecutante el recálculo de la cantidad exigible, ajustándolo al tipo de interés legal del dinero ex art. 1.108 del Código Civil.

Procede estimar también en parte el recurso, revisando nuestro criterio anterior para ajustarlo a la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo.

#### SEXTO

Ya hemos referido que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, la circunstancia de que una cláusula contractual no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en la forma en que aparece redactada en el contrato.

Por otro lado, el artículo 114.3 LH “no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la “imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones” (STS núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015, 5714).

Así mismo [(si) Asimismo] la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido recientemente que “el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas” y que “el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores” (SSTS núm. 705/2015 de 23 diciembre y núm. 79/2016 de 18 febrero (RJ 2016, 619).

Terminando por concluir dichas resoluciones que “respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360), para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado”.

En la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el Tribunal Supremo estableció que “La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad” .

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia citada, el hecho de que la entidad ejecutante haya aplicado en su liquidación el límite máximo del tercer párrafo del art. 114 LH, no impide el análisis de abusividad de la cláusula de intereses moratorios en los términos en que fue pactada y, caso de apreciarse la misma, la nulidad habrá de determinar la aplicación del interés remuneratorio.

#### SÉPTIMO

La doctrina emanada del TJUE impone atender a una serie de parámetros para valorar si una estipulación contractual ha de reputarse o no abusiva, debiendo valorarse:

- si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional para el caso de que no se hubiere pactada la cláusula analizada (SSTJUE de 16 Enero de 2014, C-226/2012 y 14 Marzo de 2013, C-415/2011).

- el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

- si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 Marzo. 2013, caso Aziz y Auto de 3 Abril 2014, C-342/2013).

En nuestro caso atendidos dichos criterios y la desproporción entre el tipo de interés de demora fijado en el contrato y el interés remuneratorio pactado así como con el tipo del interés legal del dinero, así como la falta de prueba de que en una negociación equitativa el consumidor pudiera haber llegado a aceptar un tipo de interés de

demora tan elevado, no cabe sino concluir que la cláusula, en la forma contemplada en el contrato, causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, por lo que debe considerarse abusiva, con las consecuencias ya mencionadas».

### **SENTENCIA DE LA SECCIÓN 1ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ORENSE [Recurso 297/2015] DE 9 DE JUNIO DE 2016 [Ponente: Ángela Domínguez-Viguera Fernández].**

*Obligaciones y contratos.- Efectos de la nulidad de un contrato por error invalidante del consentimiento: restitución recíproca de las prestaciones y vuelta a la situación patrimonial que tenían las partes antes de la contratación.*

<<El único motivo de recurso de apelación planteado es la infracción de lo dispuesto en los art. 1.303 y 1.307 CC, por cuanto respecto de la cantidad que había sido percibida por los demandantes por concepto de rendimientos y en virtud del contrato declarado nulo, cuya restitución se impone, no se acordó aplicar el interés legal producido por dicha cantidad, como por el contrario sí se dispuso respecto de las cantidades que debe restituir la entidad bancaria demandada, por lo que, según alega la recurrente, no se restituye a ambas partes a la situación patrimonial que tenían antes de la contratación.

El motivo ha de estimarse, siguiendo el criterio ya sostenido por esta Sala de Apelación en precedentes resoluciones. Toda vez que, la causa de pedir de la demanda, fundamento de la acción de nulidad ejercitada, fue el error invalidante del consentimiento prestado por los demandantes, ante la ausencia de información por parte de la entidad bancaria, clara y precisa, como sería lo obligado, sobre las características y elementos esenciales del producto financiero objeto de contrato. Ausencia de información precontractual que, junto con la falta de conocimientos financieros de los demandantes, determinaron la apreciación de dicho vicio del consentimiento, estimándose íntegramente la demanda. En ningún momento, ni en la demanda, ni en la sentencia, se alude a la existencia de mala fe por parte de la entidad demandada, ni este fundamento sirvió de base a la nulidad contractual declarada. En tales circunstancias esta Sala viene manteniendo la postura defendida por la parte apelante, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado íntegramente o en parte, y para impedir que, en todo caso, queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa. Estimando la

jurisprudencia innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos. Y es que los intereses se consideran frutos o rendimientos de un capital a los que, por virtud de la presunción de la productividad de éste, tiene derecho el acreedor, conforme a las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de un contrato que ha devenido ineficaz, con la finalidad de evitar un enriquecimiento sin causa. Teniendo en cuenta este precepto, así como otras normas de carácter complementario, supletorio o de observancia analógica como los preceptos generales en materia de incumplimiento de las obligaciones (artículos 1.101 y siguientes del Código Civil) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (artículos 452 y siguientes), para aquellos supuestos en que el artículo 1.303 resulte insuficiente para resolver los conflictos de naturaleza económica derivados de la ineficacia contractual, según ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de julio de 2006, esta Sala, aun sin desconocer la existencia de criterios diferentes entre las distintas Audiencias y Juzgados, ha acordado, y así se refleja en las muchas sentencias dictadas ya sobre la cuestión, para obtener esa íntegra restitución, obligar al demandante a restituir también a la entidad demandada los intereses devengados por los rendimientos obtenidos de los productos adquiridos desde la fecha de la suscripción", de modo que tal obligación juega en ambas direcciones».

## **JUZGADOS**

### **SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VIGO [Autos 101/2015] DE 11 DE MAYO DE 2016 [Ponente: Sergio Burguillo Pozo].**

*Sociedades de capital: impugnación de acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio.- El derecho de información, como tal derecho subjetivo que es, está sometido a unos límites, entre ellos el principio de buena fe, de modo que debe ejercitarse de manera razonable y no abusiva. Por tanto, no quedarán amparadas aquellas conductas que lo único que pretenden es entorpecer la marcha de la sociedad.*

<<Ejercita el actor, socio titular, impugnación de los acuerdos tomados en junta general de veintitrés de febrero de dos mil quince, del acuerdo primero por el que se pretende la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio de 2012, y en consecuencia del acuerdo segundo por el que se pretende la aplicación del resultado. Para ello se alude a

irregularidades vinculadas con el derecho de información que se habrían cometido.

SEGUNDO.- Vulneración del derecho de información.

Es sobradamente conocida la importancia que da la jurisprudencia al derecho de información, que viene siendo reconocido con más intensidad en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada que en la anónima -aunque la jurisprudencia más reciente está, de facto, equiparando dicha protección a unos y otros socios-. La regulación actual, en uno y otro caso, está en los artículos 196 y 197 LSC.

La STS 4-10-05 (RJ 2005, 6911) destaca [la] trascendencia del derecho de información de los accionistas, subrayando la importancia que ha concedido a tal derecho, como instrumental del derecho de voto, la jurisprudencia (vgr., entre otras, SSTS 29 de julio de 2004 (RJ 2004, 5469), n. 869; 12 de noviembre de 2003, n. 1058; 22 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4458), n. 483). Ciertamente es que tal derecho no es ilimitado, sino que ha de ceñirse a los extremos concretos sometidos a la Junta (SSTS de 22 de mayo de 2002, núm. 483 de 3 de diciembre de 2003, núm. 1141; entre otras), ni puede ser llevado al paroxismo, esto es a una situación en que se impida o se obstaculice gravemente el funcionamiento correcto y normal de la sociedad, como han dicho las Sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 2003, núm. 439; de 31 de julio de 2002, núm. 804, y muchas otras, sino que ha de ser ejercitado de buena fe, como todos los derechos subjetivos (vgr., STS 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6722), núm. 1093 y las que allí se citan) por lo que se han de rechazar los modos de ejercicio que resulten abusivos.

Por otra parte, el derecho de información está recogido como derecho-deber legal en los artículos 51 y 86 LRSL, y tiene los caracteres de esencial, irrenunciable, y necesario para que el socio pueda conformar su voluntad social y ejercer el voto de forma responsable SSTS 9-XII-1996 ( RJ 1996, 8788), 21-X-1996 (RJ 1996, 7167) y 15-XII-1998 (RJ 1998, 9636) (RJ 1998, 9636). De ahí que su vulneración haga nulos los acuerdos adoptados. Por ello se da particular trascendencia a la posibilidad de acudir con un experto contable al examen de los libros contables desde la convocatoria de Junta General -artículo 86 LRSL-, pero eso no significa la necesaria autorización a que dicho experto contable pueda comparecer a la celebración de la Junta General; al contener la convocatoria dicha previsión, se entiende que el socio acude a la junta suficientemente preparado para formar su voluntad, sin necesidad de que dicho experto acuda a la misma; por ello, dicha denegación

no constituye violación del derecho de información del socio."

En el presente supuesto, al igual que en el juicio 527/14, debemos partir de una realidad innegable y que debe incidir en la extensión de ese derecho de información, el demandante ha constituido una sociedad que compite en el mercado con la demandada, y obviamente llevar el derecho de información al extremo incidiría muy negativamente en el devenir de la sociedad. En este mismo sentido las cuentas societarias del ejercicio de 2012 están auditadas por AUDISER INTEGRAL S.L. por auditor contratado por la demandada, y posteriormente auditadas, a solicitud del Sr. Roberto, por auditor nombrado por el Registro Mercantil que procedió a nombrar otro auditor. Que las diferencias de las cuentas entre ambos se deben según los propios auditores manifiestan a diferentes criterios en cuanto a los clientes de dudoso cobro, lo que a juicio del tribunal debe afectar necesariamente al resultado. Respecto al error en cuanto al cobro de la cantidad de 80.000 euros, queda claro en la exposición que realiza el perito imparcial que no afecta para nada a la legalidad de las cuentas puesto que las cantidades como tal aparecen cobradas, en definitiva el criterio del auditor independiente es claro "las cuentas anuales del ejercicio 2012 adjuntas expresan en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de PROFEICO ATLÁNTICO S.L., al 31 de diciembre de 2012, así como del resultado de sus operaciones correspondientes a ejercicio anual terminado en dicha fecha, de conformidad con el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo".

Por último, no puede este juzgador sino ratificar la valoración que hace la parte demandada de hasta dónde alcanza el derecho información documental de un socio, pues tal derecho no es absoluto sino que tiene límites. Así, dispone el Art. 196 LSC:

"1. Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

2. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.

3. No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social."

Por su parte, el Art. 272 LSC regula el derecho de información documental cuando se trata de la aprobación de las cuentas anuales.

"1. Las cuentas anuales se aprobarán por la junta general.

2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

En la convocatoria se hará mención de este derecho.

3. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo (desde la aprobación de la junta hasta el mismo momento de la misma), el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el 5% del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad".

En suma, el derecho de información abarca dos vertientes, por un lado, el derecho del socio a formular al órgano de administración aquellas preguntas o aclaraciones que estime por conveniente siempre que versen evidentemente sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, preguntas o aclaraciones que puede realizar tanto por escrito antes de la Junta o bien, oralmente durante la misma. Por otro lado, el derecho a examinar cierta documentación, una de entrega obligatoria, cuando se trata por ejemplo de aprobar las cuentas anuales (art. 272 LSC) en cuyo caso el órgano de administración debe facilitar a los socios de forma inmediata y gratuita, una copia de las mismas así como del informe de gestión y, en su caso, del de auditoría (art. 254 LSC), tal como sucedió en este caso, y otra documentación respecto de la cual el socio sólo tiene derecho a obtener una copia, tal como prevé el art. 272.2. LSC sino solo a examinar en el domicilio social, aquellas partidas y documentos contables en los que se sustentan, derecho que la LSC sólo prevé para las sociedades de responsabilidad limitada (con la matización que posteriormente efectuaré).

La razón de ser es que el derecho de información, no sólo cumple una labor meramente accesoria del derecho de voto

sino que también se configura como un derecho autónomo e independiente del control de la marcha de la sociedad y de la gestión social tal es así que el art. 204.3, cuando habla de acuerdos no impugnables por vulneración del derecho de información del socio salvo que esa información fuera relevante para que éste pueda "votar" o ejercitar los "demás derechos de participación".

Por último, aunque la lectura del art. 272 LSC es clara y es que el derecho a examinar la contabilidad sólo está previsto para las SRL, de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo parece desprenderse que lo relevante a efectos de reconocer ese derecho del socio es determinar ante qué tipo de sociedad estamos, si ante una sociedad abierta o cerrada, número de socios, cómo está distribuido el capital social, volumen de facturación, etc. y no tanto si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o anónima.

Una vez ejercitado el derecho de información por el socio, el órgano de administración tiene la obligación de responder a las preguntas bien por escrito bien oralmente según el momento en que se hubiera ejercitado y la complejidad de las mismas (SAP Madrid, 1.7.2011, sección 28ª).

Ahora bien, ¿tiene el socio el derecho a examinar toda la contabilidad? Habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso pero el derecho de información, como tal derecho subjetivo que es, está sometido a unos límites entre ellos, el principio de buena fe (art. 7.2 CC) debiendo ejercitarse de manera razonable y no abusiva, no quedando amparadas aquellas conductas que lo único que pretenden es entorpecer la marcha de la sociedad.

Así debemos concluir con la desestimación de la demanda>>.